



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2016

---

## **Berücksichtigung des Transports: Öffentliches Beschaffungswesen im Spannungsfeld von Umweltschutz und Diskriminierungsverbot**

Weber, Rolf H ; Koch, Rika

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-130860>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Weber, Rolf H; Koch, Rika (2016). Berücksichtigung des Transports: Öffentliches Beschaffungswesen im Spannungsfeld von Umweltschutz und Diskriminierungsverbot. Jusletter, (08.02.2016):online.

Rolf H. Weber / Rika Koch

## **Berücksichtigung des Transports**

### **Öffentliches Beschaffungswesen im Spannungsfeld von Umweltschutz und Diskriminierungsverbot**

---

Die Möglichkeit, transportbezogene Umweltkriterien im öffentlichen Beschaffungswesen zu berücksichtigen, ist bisher rechtlich kaum geklärt: Werden in der Ausschreibung umweltschonende Transportarten bevorzugt, lässt sich damit zwar ein Umweltschutzbeitrag leisten, doch verletzt dies allenfalls das Diskriminierungsverbot des Government Procurement Agreement (GPA) der Welthandelsorganisation (WTO). Der Beitrag beleuchtet diese Kontroverse und zeigt den Spielraum auf, den die Schweiz mit der Revision des GPA 2012 für die Berücksichtigung von transportbezogenen Umweltkriterien im Beschaffungswesen gewonnen hat.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Öffentliches Recht; Energie- und Umweltrecht; Vergaberecht

Zitiervorschlag: Rolf H. Weber / Rika Koch, Berücksichtigung des Transports, in: Jusletter 8. Februar 2016

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Internationaler Rechtsrahmen: Government Procurement Agreement
  - 2.1. Hintergrund
  - 2.2. Prinzipien, Funktionsweise und Geltungsbereich
  - 2.3. Ökologische Beschaffungskriterien
    - 2.3.1. Technische Spezifikationen
      - a) Definition
      - b) Wortlaut und Interpretation
      - c) Besonderheit Produktionsmethoden (PPM)
    - 2.3.2. Zuschlagskriterien
  - 2.4. Zwischenfazit
3. Europäische Rechtsprechung: «Concordia Finland Bus»-Urteil
  - 3.1. Hintergrund
  - 3.2. Sachverhalt und Rügegrund
  - 3.3. Entscheid
  - 3.4. Bedeutung des Entscheids
4. Rechtslage in der Schweiz
  - 4.1. Gesetzliche Grundlagen des Schweizer Submissionsrechts
  - 4.2. Prinzipien des Schweizer Submissionsrechts
  - 4.3. Berücksichtigung des Transports
    - 4.3.1. Hintergrund: Green Public Procurement in der Schweiz
    - 4.3.2. Verfahrensstufen und Vergabekategorien
    - 4.3.3. Eignungskriterien
    - 4.3.4. Technische Spezifikationen
    - 4.3.5. Zuschlagskriterien
  - 4.4. Zwischenfazit
5. Ausblick

## 1. Einleitung

[Rz 1] In der Kontroverse um *Green Public Procurement* ist das Kriterium des Transports besonders umstritten: Einerseits können Art und Weise des Transports sowie der zurückgelegte Transportweg einen grossen Einfluss auf die CO<sub>2</sub>-Bilanz eines Beschaffungsprojekts ausüben und ein wirksames Instrument für den Schutz der Umwelt darstellen. Andererseits vermag die Berücksichtigung von transportbedingten Faktoren zu einer Diskriminierung ortsfremder Anbieter zu führen und läuft so die Gefahr, die Vorgaben des *Government Procurement Agreement* (GPA) der Welthandelsorganisation nicht einzuhalten.

[Rz 2] Während der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Legitimität von transportbezogenen Umweltkriterien im Beschaffungsprozess bereits 2002 anerkannte,<sup>1</sup> zeigen sich Praxis und Rechtsprechung in der Schweiz bislang zögerlich. In den letzten Jahren wurden jedoch auch hierzulande einige Stimmen laut, die eine differenzierte Betrachtung des Transport-Aspekts fordern.<sup>2</sup>

[Rz 3] Entscheidend an Aufwind gewonnen hat *Green Government Procurement* 2012 mit der Revision des GPA: Während sich dieses internationale Regelwerk bislang über die Zulässigkeit von

---

<sup>1</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 17. September 2002 C-513/99 *Concordia Bus Finland*, Slg. 2002 I-07213.

<sup>2</sup> Vgl. für die Schweiz PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens: eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz 945.

Umweltkriterien ausschieg, hält es nun ausdrücklich fest, dass ökologische Kriterien zulässige technische Spezifikationen (Art. X:6 GPA) und Zuschlagskriterien (Art. X:10 GPA) sind. Diese Gesetzesänderung lässt auch die Diskussionen um das Transport-Kriterium in neuem Licht erscheinen.

[Rz 4] In der Schweiz hat der Bund angekündigt, den neu gewonnenen Spielraum für ökologische Kriterien zu nutzen: Im Rahmen der Revision des schweizerischen Submissionsrechts soll auch auf innerstaatlicher Ebene eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Berücksichtigung von Kriterien zum Schutz der «natürlichen Ressourcen» und der «Umwelt» geschaffen werden.

[Rz 5] Im Beitrag werden diese neusten Entwicklungen in den Fokus gestellt. Er beleuchtet die geänderte Ausgangslage für das ökologische Beschaffungswesen, insbesondere mit Blick auf das umstrittene Kriterium des Transports. Kapitel 2 schildert die Ausgangslage des geänderten GPA als Regelungsrahmen auf internationaler Ebene und führt die Diskussion um das Kriterium des Transports in den Kontext des allgemeinen Spannungsfelds zwischen *Green Public Procurement* und dem Diskriminierungsverbot. Kapitel 3 erläutert veranschaulichend den diesbezüglichen Präzedenzfall in der Rechtsprechung der Europäischen Union (EU), um daraus in Kapitel 4 Rückschlüsse auf mögliche Entwicklungen in der Schweiz ziehen zu können.

## **2. Internationaler Rechtsrahmen: Government Procurement Agreement**

### **2.1. Hintergrund**

[Rz 6] Die Bemühungen, das öffentliche Beschaffungswesen länderübergreifend zu liberalisieren, reichen weit zurück: Bereits 1979 wurde im Rahmen der siebten Welthandelsrunde ein erstes Abkommen ausgearbeitet, der *Tokyo Round Code on Government Procurement*. Das GPA in seiner heutigen Form stammt aus dem Jahr 1994 und durchlebte danach eine grundlegende Reform, die im Jahre 2012 nach 15-jähriger Verhandlungszeit abgeschlossen werden konnte.

[Rz 7] Aufgrund seines Rechtscharakters als plurilaterales Abkommen ist das GPA «nur» für seine 45 Signatarstaaten und nicht für alle WTO Mitglieder verbindlich.<sup>3</sup> Die Schweiz war bereits in der Uruguay Runde massgebend an den Verhandlungen des GPA 1994 beteiligt und ist seither als Vertragspartei an dessen Regeln gebunden. Das GPA stellt heute nach wie vor die wichtigste internationale Gesetzesgrundlage im öffentlichen Beschaffungswesen dar. Das Schweizer Submissionsrecht aus dem Jahre 1997 ist denn auch im Rahmen des ersten Ratifizierungsprozesses entstanden; erneut hat nun die Schweiz die Ratifizierung des GPA 2012 zum Anlass für eine Reform des Beschaffungsrecht genommen.

### **2.2. Prinzipien, Funktionsweise und Geltungsbereich**

[Rz 8] Wie alle WTO-Übereinkommen basiert auch das GPA auf dem Grundsatz des Diskriminierungsverbotes (Art. IV:1 GPA). Demgemäss verpflichten sich die Vertragsstaaten, Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten auf Basis der Inländergleichbehandlung diskriminierungsfreien Markt-

---

<sup>3</sup> Die Mitgliedstaaten des GPA sind: Armenien, Canada, die EU mit ihren 28 Mitgliedstaaten, Hong Kong, Island, Israel, Japan, Korea, Liechtenstein, die Niederlanden (in Bezug auf Aruba), Norwegen, Singapur, Taiwan und die USA.

zutritt zum Beschaffungssektor zu gewähren. Ein weiterer wichtiger Grundsatz ist das Transparenzgebot (Art. XVI GPA), das sich durch das ganze Abkommen hindurch in verschiedenen Dokumentations- und Publikationserfordernissen manifestiert. Das GPA 2012 verankert zudem neu auch ein Korruptionsverbot (Präambel und Art. IV:4(c) GPA).

[Rz 9] Auf prozessualer Ebene sieht das GPA in Art. IV:4(a) GPA drei verschiedene Verfahrensarten vor, nämlich das offene Verfahren, bei dem alle interessierten Anbieter ein Angebot abgeben können, das selektive Verfahren gemäss Art. IX:4 GPA, bei dem vorgängig eingeladene Anbieter ein Angebot abgeben dürfen, und das freihändige Verfahren nach Massgabe von Art. XIII GPA, bei dem die Beschaffungsbehörde den Anbieter ohne vorgängigen Wettbewerb auswählt. Letzteres kommt jedoch nur in besonderen, im Gesetz näher umschriebenen Umständen zum Zuge. Während das GPA traditionell nur diese drei Beschaffungsarten vorsah, scheint das revidierte GPA (mit dem Wortlaut «such as...» in Art. IV:4(a) GPA) nun auch neue Verfahrensarten zuzulassen, ohne dass näher spezifiziert wird, um welche Verfahrensarten es sich dabei handeln könnte.<sup>4</sup>

[Rz 10] Des Weiteren stellt das GPA Mindestanforderungen an das nationale Beschwerdeverfahren zur allfälligen Anfechtung von Vergabeentscheiden durch unterlegene Bieter auf (Art. XX GPA, «Domestic Review Procedures»). Damit stellt das GPA sicher, dass seine Vorschriften in den Mitgliedstaaten umgesetzt werden und direkt anfechtbar sind. Den GPA Mitgliedstaaten steht es zudem frei, allfällige Verletzungen des GPA durch andere Mitgliedstaaten vor dem Streitbeilegungsverfahren der WTO zu rügen.

[Rz 11] Allgemein bleibt zu beachten, dass der Anwendungsbereich des GPA nur die vorgängig von den Mitgliedstaaten in den integrierten Anhängen individuell spezifizierten Sektoren und nur Aufträge über einem gewissen Schwellenwert erfasst.<sup>5</sup>

## 2.3. Ökologische Beschaffungskriterien

[Rz 12] Obwohl die ökologische Nachhaltigkeit anerkanntermassen zu den Zielen des WTO Rechts gehört,<sup>6</sup> sind Umweltanliegen nicht als Grundsatz im GPA verankert. Allerdings sieht das revidierte GPA zwei Instrumente vor, bei denen die Berücksichtigung von ökologischen Beschaffungskriterien neu ausdrücklich erlaubt ist, nämlich die technischen Spezifikationen gemäss Art. X:6 GPA und Zuschlagskriterien gemäss Art. X:9 GPA.

### 2.3.1. Technische Spezifikationen

#### a) Definition

[Rz 13] Als technische Spezifikationen gelten alle zwingenden Anforderungen («tendering requirements»), die produkte- oder dienstleistungsspezifische Charakteristiken festlegen (Art. 1(u) GPA).

---

<sup>4</sup> Vgl. auch ARIE REICH, The New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment, in: Journal of International Economic Law 12(4), 2009, S. 1008, Fn 89.

<sup>5</sup> Einsehbar unter [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/appendices\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/appendices_e.htm) (Website zuletzt besucht am 2. Februar 2016).

<sup>6</sup> Vgl. beispielsweise Präambel WTO Agreement: «while allowing for the optimal use of the *world's resources* in accordance with the *objective of sustainable development*, seeking both to *protect and preserve the environment* and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels».

Die Legaldefinition umfasst Leistungs-, Qualitäts- oder Sicherheitsanforderungen, aber auch Anforderungen in Bezug auf Produktionsmethoden. Weiter von der Definition umfasst werden Verpackungs- oder Beschriftungsanforderungen.

## **b) Wortlaut und Interpretation**

[Rz 14] Während das GPA 1994 nur einige wenige vage Anforderungen an die technischen Spezifikationen beinhaltete, enthält das GPA 2012 nun in Art. X:1–7 umfassende Rahmenregelungen. Von grosser Bedeutung ist der neue Art. X:6 GPA, der den Mitgliedstaaten ausdrücklich den Freiraum einräumt, Umweltkriterien im Rahmen der technischen Spezifikationen zu berücksichtigen: «For greater certainty, a Party, including its procuring entities, may, in accordance with this Article, prepare, adopt or apply technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment».

[Rz 15] Auch wenn bislang unklar ist, wie weit dieser neue Spielraum geht, so erlauben der Wortlaut und die bisherige WTO Rechtsprechung dennoch einige erste Überlegungen zum Umfang der neuen Bestimmung: Als «natürliche Ressourcen» gelten gemäss WTO-Recht sowohl Tiere als auch nicht-tierische Rohstoffe wie Pflanzen oder Mineralien.<sup>7</sup> Grundsätzlich steht den Mitgliedstaaten bei der Festlegung von nationalen Umweltschutzmassnahmen ein grosses Ermessen zu, solange diese wirksam und verhältnismässig ausgestaltet und nicht lediglich zur Verschleierung von protektionistischen Massnahmen vorgeschoben werden;<sup>8</sup> die Anforderung an einen starken Nexus zwischen der umweltbezogenen technischen Spezifikation und dem übergeordneten Ziel des Umweltschutzes ergibt sich bereits aus dem Wortlaut «to promote». Der Wortlaut «in accordance with this article» impliziert zudem, dass umweltbezogene technische Spezifikationen verhältnismässig auszugestalten sind und namentlich nicht zu unnötigen Handelshemmnissen bzw. Wettbewerbseinschränkungen führen dürfen (Abs. 1 und 4). Überdies sind sie leistungsorientiert zu formulieren (Abs. 2 und 4) und transparent zu kommunizieren (Abs. 3).

## **c) Besonderheit Produktionsmethoden (PPM)**

[Rz 16] Eine Besonderheit der technischen Spezifikationen besteht darin, dass die Legaldefinition ausdrücklich auch Charakteristiken miteinbezieht, die sich nicht auf das Endprodukt selbst, sondern auf die Produktionsmethode beziehen (Art.1(u)(ii) GPA: «processes and methods for their production provision»).

[Rz 17] Diese Tatsache ist aus WTO-rechtlicher Warte insofern bemerkenswert, als «process and production methods» (PPM) normalerweise nicht vom Wortlaut der WTO-Gesetzgebung erfasst sind und ihre Berücksichtigung in der Lehre seit längerem kontrovers diskutiert wird.<sup>9</sup> Die WTO-Streitbeilegungsorgane haben zwar den Extremfall entschieden, dass asbesthaltiges Baumaterial

---

<sup>7</sup> Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS68/AB/R, adopted 6 November 1998, para. 131.

<sup>8</sup> Panel Reports, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, adopted 5. July 2011. para. 7.381.

<sup>9</sup> Vgl. statt vieler: CHRISTIANE R. CONRAD, *Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals*, Cambridge 2011; JASON POTTS, *The Legality of PPMs under the GATT: Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy*, International Institute for Sustainable Development 2008, online unter: [http://www.iisd.org/pdf/2007/ppms\\_gatt.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/ppms_gatt.pdf) (Website zuletzt besucht am 2. Februar 2016).

nicht mit asbestfreiem gleichgesetzt und somit nicht vom Gleichbehandlungsgebot erfasst sein kann.<sup>10</sup> Grundsätzlich üben sie in dieser Rechtsfrage aber eher Zurückhaltung und haben mehrmals festgehalten, dass bei tierischen Produkten produktionsbezogene PPM wie Tierschutzbestimmungen nicht berücksichtig bzw. nicht zu einer handelsrechtlich ungleichen Behandlung führen dürfen.<sup>11</sup>

[Rz 18] Im Gegensatz dazu sind PPM im GPA ausdrücklich erfasst. Somit lassen sich Anforderungen an den Umweltschutz, die sich nicht *per se* im Endprodukt widerspiegeln, als technische Spezifikation berücksichtigen. Welche Kriterien genau mitbeachtet werden dürfen, ist im Gesetz nicht weiter spezifiziert; denkbar wären allenfalls Faktoren wie der CO<sub>2</sub>-Ausstoss bei der Produktion sowie Ernte- oder Rodungskriterien. Auch die Transportart bzw. der Transportweg ist typischerweise ein Merkmal, das sich als PPM nicht direkt im Endprodukt widerspiegelt.

### 2.3.2. Zuschlagskriterien

[Rz 19] Grundsätzlich verlangt das Effizienzgebot, dass derjenige Bieter den Zuschlag erhält, der das *wirtschaftlich beste* («most advantageous») oder, wenn der Preis das einzige relevante Kriterium ist, das Angebot mit dem *niedrigsten Preis* einreicht (Art. XV:5 lit.a und lit.b GPA).

[Rz 20] Das wirtschaftlich beste Angebot bemisst sich indessen anhand der Zuschlagskriterien. Im Gegensatz zu den technischen Spezifikationen sind die Zuschlagskriterien keine zwingenden, sondern «Nice-to-have»-Kriterien. Zuschlagskriterien werden entsprechend ihrer Relevanz für das Beschaffungsgeschäft gewichtet.

[Rz 21] Das GPA enthält nach wie vor keine Legaldefinition des Begriffs der Zuschlagskriterien. Art. X:9 GPA führt neu jedoch exemplarisch auf, dass unter anderem Kriterien wie Kostenfaktoren, Qualität, technische Faktoren oder eben Umwelteigenschaften («environmental characteristics») valide Zuschlagskriterien sind.

[Rz 22] Als einzige Anforderung setzt das GPA fest, dass Zuschlagskriterien im Vorfeld in den Ausschreibungsunterlagen («notice of intended procurement or tender documentation») aufzuführen sind. Würden im Rahmen der Zuschlagskriterien gewisse Anforderungen an die Art und Weise des Transportweges gestellt, müssten diese entsprechend ihrer Relevanz für den Beschaffungsgegenstand gewichtet und in der Auftragsbekanntmachung transparent kommuniziert werden.

## 2.4. Zwischenfazit

[Rz 23] Auf den ersten Blick enthält das neue GPA keine Regeln, die der Berücksichtigung der Transportart bzw. des Transportweges entgegenstehen würde. Im Gegenteil: Dass die Bestimmun-

---

<sup>10</sup> Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, adopted 5 April 2001.

<sup>11</sup> Vgl. Appellate Body Report, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998; Appellate Body Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, adopted 16 May 2012; Appellate Body Report, *United States – Certain Country of Origin Labelling Requirements (COOL)*, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, adopted on 29 June 2012; Appellate Body Report, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, adopted on 22 May 2014.

gen zu den technischen Spezifikationen und den Zuschlagskriterien neu ausdrücklich die Berücksichtigung von Umweltkriterien erlauben, ist als positives Signal zu werten.

[Rz 24] Die Art und Weise des Transports dürfte somit als Leistungs- oder Qualitätsmerkmal oder als Produktionsmerkmal grundsätzlich von der Legaldefinition der technischen Spezifikationen im GPA erfasst sein. Auch die vage umschriebenen Zuschlagskriterien scheinen die Berücksichtigung des Transports in der allgemein gehaltenen Kategorie «Umweltcharakteristiken» zu erlauben.

[Rz 25] Für die Berücksichtigung im Rahmen der technischen Spezifikationen spricht allgemein, dass eine umweltschonende Transportart zweifelsohne eine Massnahme zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen (Erdatmosphäre) oder zum Schutz der Umwelt darstellt und grundsätzlich auch ein direkter Nexus zwischen einer solchen Auflage und dem übergeordneten Ziel des Umweltschutzes besteht.

[Rz 26] Allerdings sind umweltbezogene technische Spezifikationen lediglich im Rahmen der weiteren Bestimmungen in Art. X GPA und der allgemeinen Prinzipien des GPA denkbar. Ihre Zulässigkeit bemisst sich somit anhand einer Verhältnismässigkeitsabwägung: Nur wenn Auflagen hinsichtlich des Transports zum Schutz der Umwelt geeignet und erforderlich sind, also wenn es keine mildere (d.h. weniger handelseinschränkende) Massnahme gibt, ist die technische Spezifikation zulässig. Ob Transportauflagen im Beschaffungswesen nicht einer verschleierte Handelsbeschränkung gleichkommen und verhältnismässig ausgestaltet sind, wird sich indessen nur im Einzelfall bestimmen lassen.

[Rz 27] Die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips gilt auch für die Zuschlagskriterien. Zwar ist dies nicht direkt im Gesetz festgehalten, ergibt sich aber aus den allgemeinen Prinzipien des GPA. Weil Zuschlagskriterien nicht zwingend einzuhalten sind, sondern je nach ihrer Relevanz gewichtet werden, ist zu erwarten, dass die WTO-Streitbeilegungsorgane im Rahmen der Zuschlagskriterien weniger hohe Anforderungen an die Verhältnismässigkeit stellen als bei den technischen Spezifikationen.

[Rz 28] Weil das GPA ein allgemeines Rahmengesetz ist, bleibt die konkrete Ausgestaltung der Umweltvorgaben den Mitgliedstaaten vorbehalten. Diesen steht es somit frei, in ihrer nationalen Gesetzgebung allenfalls strengere Voraussetzungen an die Verhältnismässigkeit zu stellen oder dem Gebot der ökonomischen Effizienz einen höheren Stellenwert beizumessen.

### **3. Europäische Rechtsprechung: «Concordia Finland Bus»-Urteil**

#### **3.1. Hintergrund**

[Rz 29] Das Beschaffungswesen wird in der EU als wichtiger Bestandteil des Binnenmarktes auf Unionsebene durch die neue Richtlinie 2014/24/EU *über die öffentliche Auftragsvergabe* geregelt. Mit der Revision des Submissionsrechts im Jahre 2014 hat die EU, die mit ihren 28 Vertragsstaaten Mitglied des GPA ist, die neuen Anforderungen des GPA 2012 übernommen.

[Rz 30] Die Berücksichtigung von Umwelt- und Transportkriterien ist auch im EU-Recht umstritten, selbst wenn die Tendenzen in der europäischen Gesetzgebung und Rechtsprechung deutlicher zugunsten *Green Public Procurement* gehen. Im EU-Recht hat der Zuschlag grundsätzlich ebenfalls an das wirtschaftlich günstigste Angebot oder das Angebot mit dem billigsten Preis zu ergehen (Art. 67 Abs.1 der Richtlinie 2014/24 EU). Die neuen Vergaberichtlinie halten indessen klar fest, dass die Vergabe im Sinne einer «Lebenszykluskostenrechnung» geschehen könne, bei der sämtliche



über den gesamten Lebenszyklus von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen anfallenden Kosten berücksichtigt werden (Erwägungsgrund 89 der Richtlinie 2014/24/EU).

[Rz 31] In Bezug auf die Transportkriterien im Allgemeinen hielt die europäische Kommission in-  
dessen bereits 2001 fest, dass ein Auftraggeber eine «bestimmte Form des Transportes» vorschrei-  
ben kann, sofern dies «bei dem betreffenden Auftrag nicht zu einer Diskriminierung führt».<sup>12</sup> Der  
Grundstein für die Interpretation der Schranken des Diskriminierungsverbotes hat der EuGH schon  
in einem 2002 ergangenen Urteil gelegt, das im Folgenden näher erläutert werden soll.

### 3.2. Sachverhalt und Rügegrund

[Rz 32] Der Gegenstand des Vergabeverfahrens *Concordia Bus Finland*<sup>13</sup> war ein Auftrag der Stadt  
Helsinki für den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs. *In casu* sah die Vergabebehörde drei  
Gruppen von Zuschlagskriterien für die Evaluierung des wirtschaftlich günstigsten Angebots vor:  
i) Der Gesamtpreis, ii) die Qualität der Busse sowie iii) das Qualitäts- und Umweltkonzept des  
Verkehrsunternehmers.<sup>14</sup> Insbesondere wurden Punkte vergeben für Busse mit geringer Stickoxid-  
emissionsbelastung und mit einem niedrigen Lärmpegel. Unter Berücksichtigung dieser Zuschlags-  
kriterien erging der Zuschlag schliesslich an eine finnische Firma, welche die Höchstpunktezahl  
wegen geringer Lärm- und Stickoxidemissionen erhalten hatte.<sup>15</sup>

[Rz 33] Ein unterlegener schwedischer Anbieter erhob gegen den Vergabeentscheid eine Nichtig-  
keitsklage. Er machte geltend, dass Zuschlagskriterien in Bezug auf Stickoxid- und Lärmemissionen  
unangemessen und diskriminierend seien.<sup>16</sup> Zudem seien die genannten Transportkriterien nicht  
berücksichtigungsfähig, da sie in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gegenstand der  
Ausschreibung stünden.<sup>17</sup> Schliesslich rügte er, dass Zuschlagskriterien zur Evaluierung des wirt-  
schaftlich günstigsten Angebots stets wirtschaftlicher Natur zu sein hätten.<sup>18</sup>

[Rz 34] Die finnische Rechtsbehörde stellte dem EuGH in Folge die Frage zur Vorabentscheidung,  
ob Umweltkriterien in Bezug auf die Transportart in genügendem sachlichen Zusammenhang zum  
Beschaffungsauftrag stehen, um in die Evaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebots einzu-  
fliessen.

### 3.3. Entscheid

[Rz 35] In einer ersten Erwägung betonte der EuGH, dass der Vergabebehörde in der Wahl der  
Zuschlagskriterien ein grosses Ermessen zukomme, solange diese der Ermittlung des wirtschaftlich  
günstigsten Angebots dienen.<sup>19</sup> Für die Zulässigkeit von Zuschlagskriterien stellte der EuGH vier

---

<sup>12</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das  
Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von  
Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, COM(2001)274/F1, S. 25.

<sup>13</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 17. September 2002 C-513/99 *Concordia Bus Finland*, Slg. 2002 I-07213.

<sup>14</sup> *Ibid.*, Rz 21.

<sup>15</sup> *Ibid.*, Rz 26.

<sup>16</sup> *Ibid.*, Rz 27.

<sup>17</sup> *Ibid.*, Rz 30.

<sup>18</sup> *Ibid.*, Rz 44.

<sup>19</sup> *Ibid.*, Rz 59.

grundsätzliche Voraussetzungen auf. Demgemäss sind Zuschlagskriterien so auszugestalten, dass sie

- i) in einem sachlichen Zusammenhang zum Beschaffungsgegenstand stehen;
- ii) spezifischen und objektiv quantifizierbaren Umweltaforderungen entsprechen;
- iii) vorgängig transparent kommuniziert werden;
- iv) nicht diskriminierend sind.<sup>20</sup>

[Rz 36] Die Bedeutung des Diskriminierungsverbots im EU-Vergaberecht legte der EuGH dahingehend aus, dass ein «echter Wettbewerb auf dem Gebiet des jeweiligen Angebotsbereichs» zu gewährleistet sei.<sup>21</sup> Zuschlagskriterien die «objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar» sind, können nicht als diskriminierend gelten.<sup>22</sup>

[Rz 37] *In casu* entschied der EuGH in Sinne der finnischen Vergabebehörde, dass die Kriterien Stickoxid- und Lärmemissionen der Transportfahrzeuge in einem starken sachlichen Zusammenhang zum Beschaffungsauftrag (namentlich dem Betrieb eines Busverkehrs) stünden, sich auf ein objektiv quantifizierbares Umweltanliegen beziehen würden, von der Vergabebehörde im Vorfeld in der Auftragsbekanntmachung genügend kommuniziert und begründet worden seien und diskriminierungslos für alle Anbieter galten.<sup>23</sup>

### 3.4. Bedeutung des Entscheids

[Rz 38] Mit dem *Concordia Bus Finland*-Urteil läutete der EuGH einen Wendepunkt im europäischen Vergaberecht ein:<sup>24</sup> Der EuGH revidierte das bislang vorherrschende Verständnis, dass Umweltkriterien grundsätzlich diskriminierend seien, indem er feststellte, dass (transportbezogene) Umweltkriterien zulässig sind, solange sie die genannten vier Kriterien erfüllen.

[Rz 39] Mit dieser Klarstellung und den Erläuterungen zu den jeweiligen Kriterien hat der EuGH entscheidend zur Rechtsicherheit in Bezug auf die rechtlichen Schranken von *Green Public Procurement*, insbesondere von transportbezogenen Zuschlagskriterien, beigetragen.

[Rz 40] Dieses Urteil ist auch für die Schweiz von Relevanz: Selbst wenn das europäische Vergaberecht für die Schweiz nicht rechtlich verbindlich ist,<sup>25</sup> so entfaltet die Rechtsprechung des EuGH zumindest eine «soft law»-Wirkung, seine Berücksichtigung kann also unter Umständen durchaus als «sachgerecht und methodisch geboten»<sup>26</sup> betrachtet werden. Weiter ist die Umsetzung des GPA durch die EU insofern für die Schweiz von Bedeutung, als nicht auszuschliessen ist, dass die Argumentationslinie des EuGH im Streitfalle allenfalls auch durch die WTO-Streitschlichtungsorgane Beachtung finden könnte.

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, Rz 69.

<sup>21</sup> *Ibid.*, Rz 81.

<sup>22</sup> *Ibid.*, Rz 83.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Rz Ziff. 1–3.

<sup>24</sup> MARC STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes (BKB), 2006, S. 43.

<sup>25</sup> Abgesehen natürlich vom Bilateralen Abkommen CH-EU über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.172.052.68), das aber keine Vorschriften mit Bezug auf die Berücksichtigung von Umweltkriterien vorsieht.

<sup>26</sup> STEINER (Fn 24), S. 41/42.

## 4. Rechtslage in der Schweiz

### 4.1. Gesetzliche Grundlagen des Schweizer Submissionsrechts

[Rz 41] Das Submissionsrecht der Schweiz ist «ein historisch gewachsenes Flickwerk»<sup>27</sup> aus internationalen, bilateralen, bundesrechtlichen, kantonalen und kommunalen Rechtsquellen.

[Rz 42] Auf Bundesebene wird das GPA durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)<sup>28</sup> und dessen Konkretisierung in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB)<sup>29</sup> umgesetzt.

[Rz 43] Die Kantone haben ihre GPA-Verpflichtungen autonom umgesetzt, aber durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) teilweise harmonisiert. Zusätzlich stellen die Kantone und auch Gemeinden bisweilen spezifische Regeln für Aufträge auf lokaler Ebene auf. Allerdings sind sie dabei an die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM)<sup>30</sup> gebunden. Das BGBM hält in Art. 5 fest, dass die Kantone und Gemeinden im Bereich des Beschaffungswesens zwar autonom sind, auf jeden Fall aber das Marktzugangsbeschränkungsverbot gemäss Art. 3 BGBM zu beachten haben.

[Rz 44] Nachdem mehrere Anläufe, das Schweizer Submissionsrecht zu reformieren und zu harmonisieren, gescheitert sind, hat die Schweiz die Ratifizierung des GPA 2012 zum Anlass genommen, erneut eine Totalrevision des BöB in Angriff zu nehmen. Die Vernehmlassung wurde im Sommer 2015 abgeschlossen, die Gesetzesentwürfe dürften voraussichtlich in der zweiten Jahreshälfte 2016 im Parlament zu behandeln sein.<sup>31</sup>

### 4.2. Prinzipien des Schweizer Submissionsrechts

[Rz 45] Das Submissionswesen der Schweiz basiert auf vier Prinzipien:<sup>32</sup>

- i) Transparenz (Art. 1 Abs. 1 lit. a BöB),
- ii) Stärkung des Wettbewerbs (Art. 1 Abs. 1 lit. b BöB),
- iii) Wirtschaftlichkeit (Art. 1 Abs. 1 lit. c BöB),
- iv) Gleichbehandlungsgebot (Art. 1 Abs. 2 BöB und Art. 4 BöB).

[Rz 46] Somit beinhaltet das nationale Submissionsrecht zusätzlich zu den Prinzipien des GPA (Diskriminierungsverbot und Transparenz) zwei weitere Grundsätze (wirksamer Wettbewerb und ökonomische Wirtschaftlichkeit). Die Verletzung eines dieser Grundsätze kann von unterlegenen Anbietern im Rechtsmittelverfahren gerügt werden.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> MATTHIAS OESCH, Entwicklung des Vergaberechts in der Schweiz, in: Die Volkswirtschaft 3–2010, S. 5.

<sup>28</sup> SR 172.056.1.

<sup>29</sup> SR 172.056.11.

<sup>30</sup> SR 943.02.

<sup>31</sup> Für weiterführende Informationen siehe Beschaffungskommission des Bundes (BKB), online unter: <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oefentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html> (Website zuletzt besucht am 2. Februar 2016).

<sup>32</sup> Art. 1 BöB, Art. 1 BGBM, Art. 1 IVöB.

<sup>33</sup> Während die in Art. 1 Abs. 1 BöB genannten Grundsätze direkt normativ wirken, kann das Gleichbehandlungsgebot nach Massgaben der Bundesverfassung (BV) gerügt werden, vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, Kommentar zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, S. 231.

[Rz 47] Um dem Transparenzgebot Rechnung zu tragen, hat das Kriterium des Transports in den Ausschreibungsunterlagen klar und vor allem «nachvollziehbar»<sup>34</sup> dokumentiert, das heisst mit einer Erläuterung bezüglich Gewichtung oder Punktezuweisung, versehen zu sein.

[Rz 48] Mit den anderen drei Beschaffungsgrundsätzen könnte das Kriterium des Transports eher in Konflikt geraten: So verlangt das Wirtschaftlichkeitsgebot, dass das Kriterium des Transports im Vergleich zum Kriterium des Preises nicht überbewertet wird (dazu nachfolgend 4.3). Das Wettbewerbs- und das Gleichbehandlungsgebot gebieten, dass ein Transportkriterium nicht zu einer ungerechtfertigten Marktzutrittsschranke oder zu einer Diskriminierung (insbesondere von ausländischen Anbietern) führt.

### 4.3. Berücksichtigung des Transports

#### 4.3.1. Hintergrund: Green Public Procurement in der Schweiz

[Rz 49] Auch in der Schweiz ist die Rechtslage in Bezug auf die Berücksichtigung des Kriteriums des Transports umstritten. Generell besteht zwar Konsens darüber, dass der Umweltschutz ein wichtiges öffentliches Interesse mit Verfassungsrang (Art. 73 und Art. 74 Bundesverfassung; BV) darstellt und somit auch im öffentlichen Beschaffungswesen entsprechend miteinbezogen werden kann.<sup>35</sup>

[Rz 50] Ob die Berücksichtigung von transportbezogenen Kriterien einen solchen Schutzstandard zu realisieren vermag, ist jedoch unklar. Weder der aktuelle Gesetzeswortlaut noch die bisherige Rechtsprechung bieten genügend Anhaltspunkte, wie dieser Rahmen rechtlich abzustecken ist.

#### 4.3.2. Verfahrensstufen und Vergabekategorien

[Rz 51] Grundsätzlich stellt sich nicht nur die Frage, welche Umweltkriterien überhaupt zulässig sind, sondern ebenso, in welcher Form und in welchem Verfahrensschritt diese einzubringen sind.<sup>36</sup> *Green Public Procurement* beginnt in der ersten Phase des Beschaffungsprozesses; bereits die Bedarfsabklärung kann grossen Einfluss auf den Umweltschutz haben.<sup>37</sup> So vermag die Vergabebehörde schon bei den Überlegungen, *was* sie überhaupt beschaffen will, transportbezogene Kriterien zu berücksichtigen.

[Rz 52] Weiter hat die Vergabebehörde zu bestimmen, anhand welchen vergaberechtlichen Instruments sie das Transportkriterium aufnehmen will. Grundsätzlich unterscheidet das Schweizer Submissionsrecht drei «klassische Vergabekategorien»:<sup>38</sup>

- i) Eignungskriterien,
- ii) Technische Spezifikationen,
- iii) Zuschlagskriterien.

---

<sup>34</sup> TRÜEB (Fn 33), S. 231, mit Referenz auf Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4717/2010 vom 1. April 2011 E. 5.3 und 6.6.

<sup>35</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn2), Rz 941; MATTHIAS HAUSER, Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht, in: URP 2002/4, S. 341.

<sup>36</sup> HAUSER (Fn 35), S. 345.

<sup>37</sup> *Ibid.*, S. 347.

<sup>38</sup> STEINER (Fn 24), S. 49.

[Rz 53] Die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien ist mittels jedes dieser drei Instrumente möglich, allerdings in jeweils unterschiedlichem Umfang und unter unterschiedlichen Auflagen. Selbst wenn die Unterscheidung dieser drei Kriterien somit essentiell ist, so erweist sie sich dennoch oft als unklar und führt in Lehre und Praxis nicht selten zu Verwirrungen.<sup>39</sup> Des Weiteren kann auch die anbieterbezogene Kategorie der *Ausschlusskriterien*, namentlich der Kriterien, die zum Ausschluss eines Anbieters führen, im Kontext der umweltfreundlichen Vergabe relevant sein. So lassen sich allenfalls Anbieter ausschliessen, die gegen das Umweltschutzgesetz verstossen. Während sich in der EU-Gesetzgebung eine entsprechende Klausel findet (Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU), ist dieser Aspekt in der Schweiz nicht gesetzlich geregelt. In Bezug auf transportbezogene Kriterien wird die Kategorie der Ausschlusskriterien jedoch kaum eine Rolle spielen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf die klassischen drei Vergabekategorien.

#### 4.3.3. Eignungskriterien

[Rz 54] Die Eignungskriterien sind anbieterbezogen und betreffen die fachlichen Kompetenzen eines Anbieters sowie seine finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit (Art. 9 BöB).<sup>40</sup> Anhand der Eignungskriterien kann festgestellt werden, ob ein potenzieller Anbieter überhaupt in der Lage ist, den Submissionsvertrag zu erfüllen. Dem Auftraggeber kommt bei der Definition der Eignungskriterien ein grosser Spielraum zu, er kann somit grundsätzlich auch umweltbezogene Eignungskriterien aufstellen, solange sich diese auf technische Faktoren beziehen. Denkbar wäre das Eignungskriterium «Umweltmanagement»; um als geeigneter Anbieter zu gelten, müsste ein Unternehmen demgemäss über die für die ökologische Auftragsausführung notwendigen technischen Kapazitäten (zum Beispiel in Bezug auf Maschinen und andere Infrastruktur) verfügen.<sup>41</sup>

[Rz 55] Im Entwurf zum revidierten BöB sieht der Gesetzesgeber gewisse Änderungen mit Bezug auf die Eignungskriterien vor: Gemäss Entwurf sollen Eignungskriterien neu abschliessend aufzulisten und «im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein» (Art. 31 Abs. 1 eBöB). Weiter schlägt der Gesetzesentwurf vor, dass die Eignungskriterien «*insbesondere* die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit» betreffen können. Die Ausweitung auf andere Kriterien durch den Wortzusatz «*insbesondere*» deutet auf einen höheren Spielraum zugunsten von Umweltkriterien hin.

[Rz 56] Dass transportbezogene Kriterien in einem Beschaffungsgeschäft aber derart grosse Relevanz entfalten, dass sich die Erforderlichkeit bejahen lässt und einem Anbieter deswegen die Eignung abgesprochen werden kann, erscheint als zweifelhaft. Aufgrund des grossen Ermessens ist die Zulässigkeit der Eignungskriterien nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aber im Einzelfall zu bestimmen.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, S. 19.

<sup>40</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 2), Rz 555.

<sup>41</sup> HAUSER (Fn 35), S. 356.

<sup>42</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 2), Rz 557, Bezug auf Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010, E. 2.2

#### 4.3.4. Technische Spezifikationen

[Rz 57] Technische Spezifikationen sind zwingende Bedingungen an die Ausgestaltung des Beschaffungsgegenstandes bzw. der zu beschaffenden Leistung. Durch die technischen Spezifikationen können die Anforderungen in Form messbarer Kriterien bestmöglich konkretisiert und kommuniziert werden. Dies erhöht einerseits die Rechtssicherheit für die potenziellen Anbieter im Entscheid über die Teilnahme am Auswahlverfahren und hilft andererseits der Vergabebehörde bei der Evaluation des besten Angebots.

[Rz 58] Das geltende Schweizer Recht zeichnet sich in Bezug auf technische Spezifikationen bislang durch eine geringe Regulierungsdichte aus: Art. 12 BöB hält lediglich fest, dass diese klar und ausführlich zu dokumentieren sind und sich «soweit als möglich» an Normen zu orientieren haben. Somit besteht im Vergleich zum geltenden GPA 2012 ein Regulierungsgefälle, das der Bundesrat durch die Revision des BöB zu ebnen versucht. Der Gesetzesentwurf zum BöB lehnt sich denn auch sehr stark an das GPA 2012 an: Neben der Legaldefinition in Art. 2 lit. m eBöB sowie inhaltlichen und formellen Anforderungen, die allgemein den Wortlaut des GPA widerspiegeln, findet sich im Gesetzesentwurf auch mit Bezug auf Umweltkriterien das innerstaatliche Pendant zu Art. X:6 GPA. Der neue Art. 34 Abs. 4 eBöB schlägt vor: «Die Auftraggeberin kann technische Spezifikationen zur *Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen* oder des *Umweltschutzes* vorsehen.»

[Rz 59] Zu befürworten ist in diesem Zusammenhang zudem, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit wahrgenommen hat, eine Legaldefinition der technischen Spezifikation unter Berücksichtigung von PPM in der Schweizer Gesetzgebung einzubauen und so die diesbezügliche Rechtslücke zu schliessen.

[Rz 60] Diese Bestimmung könnte der Diskussion der Berücksichtigung des Transportweges neuen Rückenwind geben, da die Verminderung des Emissionsausstosses in direktem Zusammenhang zum Umweltschutz steht. Während in der WTO seit Jahrzehnten die Diskussion der Begriffe «natürliche Ressourcen» und «Umweltschutz» kontrovers diskutiert wird (vorne Ziff. 2.3.1), bleibt abzuwarten, wie die Schweizer Gerichte diese beiden Begriffe im Zusammenhang mit dem Beschaffungswesen künftig auslegen.

#### 4.3.5. Zuschlagskriterien

[Rz 61] Der Zuschlag ist die letzte Stufe des öffentlichen Beschaffungsprozesses vor dem Abschluss des privatrechtlichen Vertrags. Wie im GPA vorgesehen, geht der Zuschlag an das «wirtschaftlich günstigste Angebot» (Art. 21 Abs. 1 BöB) oder an das Angebot mit dem «niedrigsten Preis» (Art. 21 Abs. 3 BöB). In der Schweiz hat der Zuschlag zudem in Verfügungsform zu erfolgen (Art. 23 Abs. 1 BöB) und kann somit von unterlegenen Anbietern vor Gericht angefochten werden.

[Rz 62] Das «wirtschaftlich günstigste Angebot» wird anhand der Zuschlagskriterien evaluiert. Im Gegensatz zu den technischen Spezifikationen und den Eignungskriterien sind die Zuschlagskriterien «Nice-to-have»-Eigenschaften, die der Beschaffungsgegenstand zwar nicht zwingend zu erfüllen hat, deren Vorhandensein jedoch bei der Auswahl von Vorteil sind. Sofern die Eignungskriterien und technischen Spezifikationen erfüllt sind, werden die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien geprüft und bewertet.

[Rz 63] Die Zuschlagskriterien unterliegen einer relativen Gewichtung: Anbieter, die ein Zuschlagskriterium erfüllen, werden im Vergleich zu den anderen Anbietenden mit der entsprechenden An-

zahl Punkte bedacht. Die Summe der Punkte ist schliesslich entscheidend für die Erteilung des Zuschlags.

[Rz 64] Bereits das aktuelle Gesetz sieht vor, dass die Umweltverträglichkeit ein gültiges Zuschlagskriterium darstellt (Art. 21 Abs. 1 BöB) und dass die Vergabebehörde die Nachhaltigkeit berücksichtigen darf (Art. 27 Abs. 2 VöB). Diesbezüglich beinhaltet der geplante Gesetzesentwurf in Art. 33 eBöB inhaltlich keine erwähnenswerten Änderungen. Insbesondere für transportbezogene Kriterien relevant erscheint aber der Zusatz, dass, «Infrastruktur» und «Lieferbedingungen» und analog zum EU-Recht «Betriebs- und Lebenszykluskosten» berücksichtigt werden können (vorne Ziff. 3.1). Letzteres Kriterium umfasst insbesondere die «Herstellungs-, Betriebs- und Entsorgungskosten»<sup>43</sup> und schliesst somit die Rechtslücke bezüglich der Berücksichtigung von PPM im Rahmen der Zuschlagskriterien.

[Rz 65] Das Kriterium der transportbezogenen Zuschlagskriterien ist somit gemäss Gesetzeswortlaut zulässig. Die Krux liegt hier in der Gewichtung:<sup>44</sup> Um den Prinzipien der Wirtschaftlichkeit, des Wettbewerbs und des Gleichbehandlungsgebot gerecht zu werden, darf das Kriterium des Preises nicht zu tief gewichtet werden. Welche Gewichtung angebracht ist, lässt sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller technische Faktoren des Beschaffungsgeschäfts entscheiden; allgemein hat das Bundesgericht diesbezüglich aber den Schwellenwert einer Minimalgewichtung von 20% aufgestellt.<sup>45</sup>

[Rz 66] Selbst wenn die Frage der Gewichtung von Zuschlagskriterien im Einzelfall zu entscheiden ist, lässt die bisherige Rechtsprechung doch einige Rückschlüsse zu: So hielt das Bundesgericht im Falle eines öffentlichen Kehr- und Abfuhrauftrags bereits 1999 fest, dass die Gewichtung der Kriterien «Anfahrtsweg» und «Kenntnis der Gemeinde» mit über einem Drittel zu hoch sei, «ohne dass die Umweltverträglichkeit der Offerten auch in anderer Hinsicht sachgerecht mitbewertet wird».<sup>46</sup> Allerdings ist die Berücksichtigung des Transportweges gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Das Bundesgericht betonte vielmehr, dass es unter Umständen sogar «sachlich geboten» sein könne, die «Differenz der zu fahrenden Kilometer bei der Evaluation der Offerten in einem gewissen Mass zu berücksichtigen»,<sup>47</sup> ohne allerdings die Umstände bzw. das «gewisse Mass» genauer zu konkretisieren. Auch hier sind somit die strengen Anforderungen an das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten: Die Berücksichtigung des Transports ist nur dann geeignet und erforderlich, wenn sich so «erhebliche Auswirkungen auf die lokale Umweltbelastung» vermeiden lassen.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Erläuternder Bericht des EFD zur Revision des öffentlichen Beschaffungswesen, 2015, S. 61

<sup>44</sup> Vgl. statt vieler MATTHIAS HAUSER, «Zuschlagskriterien im Submissionsrecht», Aktuelle Juristische Praxis (AJP), (12) 2001, S. 1405–1422, S. 339–386; HAUSER (Fn 35), S. 339–386, STEINER (Fn 24), Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, 2006, S. 89.

<sup>45</sup> BGE 129 I 313 ff.

<sup>46</sup> Urteil des Bundesgerichts 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4b.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 4a.

<sup>48</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 2), Rz 947.

#### 4.4. Zwischenfazit

[Rz 67] Ein Blick auf die verschiedenen beschaffungsrechtlichen Instrumente des Schweizer Submissionsrechts zeigt, dass die Berücksichtigung des Transportkriteriums nicht auf allen Stufen gleichermaßen möglich ist.

[Rz 68] Bei den **Eignungskriterien** ist generell Vorsicht geboten: Diese sagen etwas über die grundsätzliche Qualifikation eines Anbieters zur Erfüllung der jeweiligen Leistung aus und haben sich somit auf die technische Leistungsfähigkeit eines Unternehmens zu beziehen.<sup>49</sup> Um als Eignungskriterium in Frage zu kommen, hat das Kriterium des Transports für das jeweilige Beschaffungsgeschäft «objektiv erforderlich» zu sein (vgl. Art. 31 Abs.1 eBöB). Dass sich die Erforderlichkeit bejahen lässt und einem Anbieter die Eignung aufgrund mangelhaften Transport-Managements abgesprochen werden kann, erscheint zwar als möglich, dürfte aber auf Einzelfälle beschränkt sein. Denkbar wäre beispielsweise die Forderung, dass ein Anbieter bei einem Transportauftrag über eine umweltschonende Transportflotte zu verfügen hat, um so seine Eignung in Bezug auf die «technischen Leistungsfähigkeit» nachzuweisen.

[Rz 69] Was die **technischen Spezifikationen** betrifft, wird die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien im reformierten Gesetz voraussichtlich ausdrücklich genannt sein (Art. 34 Abs. 4 eBöB). Da die technischen Spezifikationen aber als zwingende Kriterien ausgestaltet sind, ist Vorsicht geboten: So gebietet es das GPA, dass die technischen Spezifikationen das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten und nicht zu unnötigen Handelshemmnissen oder Wettbewerbseinschränkungen führen (Art. X GPA, vgl. vorne Ziff. 2.3.1).

[Rz 70] Technische Spezifikationen in Bezug auf den Transport dürften wohl nur dann als verhältnismässig im Sinne des GPA gelten, wenn sie für den Schutz der Umwelt geeignet sind und kein milderes, das heisst weniger handelshemmendes Mittel zur Verfügung steht. Bei einem Beschaffungsauftrag, der wiederholte Lieferungen beinhaltet, oder, wie im «Concordia Finland Bus»-Urteil, den Betrieb einer Buslinie zum Gegenstand hat, könnte es durchaus angebracht sein, im Rahmen der technischen Spezifikationen beispielsweise eine Obergrenze an Treibhausgasemissionen zu fordern. Bei Beschaffungsaufträgen, die nur eine einmalige Lieferung beinhalten, wäre die Berücksichtigung des Transports als zwingendes Kriterium hingegen weder geeignet noch erforderlich und würde einer Verhältnismässigkeitsprüfung somit kaum standhalten.

[Rz 71] Der Vergleich der drei klassischen Vergabekategorien ergibt, dass die **Zuschlagskriterien** den Vergabebehörden den grössten Spielraum für das Kriterium des umweltschonenden Transportes einräumen: Im Gegensatz zu den technischen Spezifikationen und den Eignungskriterien sind Zuschlagskriterien keine zwingenden Kriterien, sondern lassen sich entsprechend ihrer Relevanz berücksichtigen. Bei der Formulierung von transportbezogenen Zuschlagskriterien ist allerdings zu beachten, dass die Umweltschutzkriterien nicht zu stark gewichtet werden und das Kriterium des Preises ein genügendes Gewicht erhält, denn eine falsche Gewichtung ist unzulässig und kann von unterlegenen Anbietern vor Gericht angefochten werden.

---

<sup>49</sup> Vgl. statt vieler STEINER (Fn 24), S. 63.



## 5. Ausblick

[Rz 72] Mit der Revision des GPA 2012 hat sich die Ausgangslage für *Green Public Procurement* geändert: Art. X GPA erlaubt nun ausdrücklich die Berücksichtigung von technischen Spezifikationen zum Schutz der Umwelt und der natürlichen Ressourcen sowie von Zuschlagskriterien in Bezug auf Umweltcharakteristiken. Wie im Beitrag aufgezeigt, räumen diese Änderungen den GPA-Vertragsstaaten erhöhten Spielraum zur Berücksichtigung von transportbezogenen Umweltkriterien im Beschaffungsprozess ein, sei es im Rahmen der Zuschlagskriterien oder sogar bei der strengeren Kategorie der technischen Spezifikationen. Voraussetzung hierbei ist, dass sich die jeweiligen Anforderungen an den Transport an die rechtlichen Schranken der GPA-Grundsätze halten.

[Rz 73] Die Berücksichtigung des Transportkriteriums bemisst sich somit anhand einer heiklen Verhältnismässigkeitsprüfung («necessity-test»): Nur wenn Auflagen hinsichtlich des Transports zum Schutz der Umwelt notwendig (d.h. geeignet und erforderlich) sind und wenn keine weniger handels einschränkende Massnahme zur Verfügung steht, sind technische Spezifikationen oder Zuschlagskriterien in Bezug auf den Transport zulässig. Für die Kategorie der technischen Spezifikationen weist das Abkommen in Art. X:6 GPA (mit dem Wortlaut «in accordance with this Article») ausdrücklich auf die Notwendigkeit einer Verhältnismässigkeitsprüfung hin, für die Zuschlagskriterien ergibt sich diese implizit aus den allgemeinen Grundsätzen des GPA. Insoweit ist allerdings anzunehmen, dass die WTO-Streitbeilegungsorgane die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit bei den Zuschlagskriterien weniger hoch setzen würden, da diese keine zwingenden Kriterien darstellen. Grosses Augenmerk ist vonseiten der Auftraggeber jedoch auf eine angemessene Gewichtung der Zuschlagskriterien zu legen.

[Rz 74] In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass in den letzten Jahren auf WTO-Ebene eine allgemeine Tendenz zur stärkeren Berücksichtigung von Umweltkriterien bemerkbar geworden ist und rein ökonomische Handelsinteressen gegenüber Umweltanliegen in der Verhältnismässigkeitsprüfung zumindest zu einem gewissen Grad an Vormachtstellung eingebüsst haben.<sup>50</sup> Somit liegt auch in Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen die Annahme nicht fern, dass Umweltkriterien bei der Verhältnismässigkeitsprüfung eine höhere Gewichtung erfahren könnten, als dies bisher im (überholten) traditionellen Verständnis des Beschaffungswesen zu erwarten gewesen war.

[Rz 75] Diese Entwicklungen sind auch von der Schweiz als WTO- und GPA-Mitgliedstaat zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund ist zu begrüssen, dass der Bund die geänderten Umweltvorschriften in die nationale Submissionsgesetzgebung zu übernehmen plant, obwohl diese lediglich unverbindliche «Kann»-Vorschriften darstellen: Der im Sommer 2015 vorgelegte Gesetzesentwurf des Bundes sieht sowohl für die technischen Spezifikationen als auch für die Kategorie der Zuschlagskriterien die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltkriterien vor. Zudem ist geplant, die bisherige Rechtslücke bezüglich der Berücksichtigung von PPM, wozu auch der umweltschonende Transport gehört, zu schliessen.

[Rz 76] Inwiefern die Vergabebehörden hiezulande von diesem erhöhten Spielraum Gebrauch machen und wie die Gerichte die neuen Bestimmungen auslegen werden, bleibt abzuwarten. Allerdings ist zu hoffen, dass diese neu geschaffene Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltkriterien in der Schweiz vermehrt genutzt und sachgerecht eingesetzt wird, um so den «Paradigmenwechsel im

---

<sup>50</sup> Vgl. beispielsweise Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, adopted 24 May 2013; Appellate Body Report *EC – Asbestos* (Fn 10), Appellate Body Report *US – Shrimps* (Fn 7) oder Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996.

Beschaffungswesen»<sup>51</sup> weg von der akademischen Ebene auch in der Praxis umzusetzen und einen effektiven Beitrag zum Schutz der Umwelt zu leisten.

---

RA Prof. Dr. ROLF H. WEBER ist Ordinarius für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und Visiting Professor an der Hong Kong University, Hong Kong, sowie Konsulent in der Anwaltskanzlei Bratschi, Wiederkehr & Buob, Zürich.

MLaw RIKA KOCH ist wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin an der Universität Zürich.

---

<sup>51</sup> MARC STEINER, Nachhaltige Öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff.